

《論
説》

法令違反行為について

——ドイツにおける論議をめぐって——

石 田 喜 久 夫

- 一 はじめに
- 二 BGB一三四条の課題
- 三 体系的考察
- 四 制定法概念の検討
- 五 おわりに

一 はじめに

ある取引（＝法律行為）が、何らかの法令に抵触する場合、当該法令にたいにその私法上の効力に言及する明文の規定を欠くときは、これをいかに法的に処遇するかが問擬されよう。そのさい、これまで侃侃諤諤の論議を呼んだのは、法令が「行政取締上の目的に基づき一定の行為に対し禁止ないし制限を行う、いわゆる取締規定」⁽¹⁾に該する場合であつた。ここでは、「公法上の制裁という別のサンクションによつて規定の目的の実現をめざしているときに、私法上の効力にまで影響を及ぼすべきかは自明ではないためである」⁽²⁾。

この点に関して、画期的と思われる未弘博士の所説は、取締規定違反行為につきその私法上の効力を否定することに対して、消極的姿勢を採るものであり、これが学界の通説となるとともに、第二次世界大戦終了までの判例の基盤を醸成した、と云われる。⁽⁴⁾その根底には、公私法峻別論に立脚する、「私法本来の目的は相争ふ當事者相互の關係を公正に規律せむとするにあ[り]」……行為の私法的效果を否定することが公益上多くの価値を有せざる場合においては、當事者双互間の公正を維持することこそ私法裁判の指導原理でなければならぬ」との觀念が横たわっていた。こうした状況のもとで、つとに谷口博士は、ポジティブな法律行為に対するネガティブな不当利得——その一局面である不法原因給付——にかかる論議のなかで、このように主張していた。いわく。「大體不法とか違法とかいふ概念は法律學における根本問題に属しその概念規定は、甚だ困難であるけれども私は、第七〇八条の『不法』の概念は廣く解しいはゆる公序良俗違反に限らず、強行規定の違反をも含む、即ち、苟も一國の法律秩序によつて否定的評価を受けること、即ち是認せられざることを謂ふと解したい。」⁽⁵⁾と。法律行為の効力を論じるさいに、不法原因給付論を引き合いに出すについては、疑義もあろうが、谷口説が、さまざまな法律間における評価矛盾をまず第一に回避すべしとする点に置いて、公・私法二元論でよいのかとの問題を提起していたことに、注目したのである。

戦後の混乱期が終焉した一九六二年に、沢井教授が「一旦は契約したが、後になって不法な行為だから止めようと思ひ直しても、私法上はこれが認められず、その履行を強制され刑罰に追い込まれるということは當事者に酷なばかりでなく、国家組織としての裁判所の機能としても不合理である」⁽⁶⁾との尤もな指摘に及んだのを承けて、磯村教授は、取締規定違反の契約が未履行の場合と既履行の場合とに区分して考察すべきである、⁽⁷⁾として、左のごとく説くにいたつた。すなわち、前者の場合には、「考慮すべきはなりよりも取締規定の趣旨ということになるが、この場合には法秩序における価値矛盾の回避という要請を看過してはならないと思われる。すなわち、法が一方においてある行為を

禁止しながら、他方においてその行為の履行請求に対し、裁判所がこれを認容してその履行を命ずることは、法秩序内部における自己矛盾ではないであろうか。⁽⁸⁾との視点から、「取締規定に違反する行為の履行請求を認めるという意味での無効は、むしろ取締規定による禁止の要請の強弱を問わず、したがって従来の学説・判例において単なる取締規定であることがほぼ一致して認められていた場合についても、原則的に承認してもよいのではないかと解される。⁽⁹⁾」とされるのである。また、後者についても、事後的な利害調整が問題とならしたうえ、「不当利得の返還請求が問題となる場合には民法七〇八条の不当原因給付にあたるかどうかさがさらに問われることになる。この判定にあたつて、強行規定違反の無効か公序良俗違反の無効かを問うことなく、もっぱら民法七〇八条の見地から、無効だが返還請求を認めてもよいと考えるべきか、あるいは返還請求自体をも否定すべきほど不法性が強い場合か、返還請求を否定することによつてかえつて取締規定の趣旨に反する結果とならないか等を考慮すべきである。⁽¹⁰⁾」とされている。このような姿勢は、法令違反を経済的公序違反の視点から把握しようとする提言や、⁽¹¹⁾憲法に定める基本権と法令の目的との比例原則に基づく衡量という理論構築⁽¹²⁾にも承け継がれ、これが学界の主流となる、と推測される。約言すれば、「取締規定違反行為の私法上の効力に関する議論は、現在では、未弘説の示す私益重視という基本的姿勢から離れ、取引への公法的介入に対して積極的で、場合によつては規定の趣旨のさらなる実現を追求すべしとする立場へと変わつてゐる。そしてそれに基づいて新たな理論構成がなされている。⁽¹³⁾」と見て大過無いであろう。

ところで、わが民法典には、法令違反行為に関する一般的な規定はなく、民法九一条の反対解釈に解釈論を定礎するのが一般的であり、民法九〇条の一環とする見解は、ごく最近になつて力を得てきたように思われる。⁽¹⁴⁾これに対し、ドイツ民法典(BGB)には、「法律の禁止に違反する法律行為は、当該法律により別段の結果を生ぜざる限り、これを無効とする。⁽¹⁵⁾」と定める一三四条が存在する。この規定と、良俗違反の法律行為を無効と宣言する、周知の一

三八条との関係については、明文による禁止違反を一三四条に、書かれざる法律の禁止違反を一三八条に振り分ける見解が流布しているが、これはしばらく措くとして、現在では、大多数の禁止法が、一定の経済政策的・社会政策的目的に基づいて制定される特別法の規定に見い出されていることに鑑み、彼地での禁止法に関する議論は、此地での取締規定に関する議論と重なる、との問題意義からも、されたのが、羽田論文である。⁽¹⁶⁾そこでは、規定の由来からBGB起草時の議論を経て現在の判例・学説における議論状況を検討したうえ、わが国の前掲学説などにより現在めざされている方向と関連づけて、問題点の指摘とその克服の手法を示そうとしている。本稿は、屋上に屋を架そうとするものではなく、一三四条にいう「法律 (Gesetz)」が、何を意味するかにつき、最近の彼地の論文を紹介することによって、法令違反行為の効力につき示唆を得ることを目的とするものである。⁽¹⁷⁾というのは、法律とはBGB施行法二条にいう法律、すなわち形式的制定法 (formelles Gesetz) ・法規命令 (Rechtsverordnung) ・自治規範 (autonome Satzung) ・慣習法 (Gewohnheitsrecht) を包含するが、労働協約 (Tarifvertrag) や就業協約 (Betriebsvereinbarung) については争いがあり、基本法 (Grundgesetz) についても、いわゆる第三者効 (Drittwirkung) をめぐって論争が見られるところであり、⁽¹⁸⁾この問題の検討が、法令違反行為の効力判定につき、掘め手からラビリンスの門を開く可能性を孕んでいるように、思われるからである。

註

- (1) 羽田さゆり「ドイツにおける取締規定違反行為の私法上の効力——BGB一三四条に関する議論を手がかりにして——」法学六一巻三号「一九九七年」五九八頁。なお、この定義は、磯村保「取締規定に違反する私法上の契約の効力」民商法雑誌創刊五十周年記念論文集I・判例における法理論の展開「一九八六年」一頁以下における語法を踏襲していると思われる。「取締規定」の多義性については、たとえば、沢井裕「経済法規違反の契約」契約法大系I「一九六二年 有斐閣」三頁以下を参照されたい。

- (2) 羽田(1) 五九八頁。こうした推論は、啻に取締規定のみならず、刑法その他の法令がなんらかのサンクションを違反行為に科していることに徹して、民法以外のすべての法令にも妥当するはずである。
- (3) 末弘巖太郎「法令違反行為の法律的效果」法学協会雑誌四七卷一号「一九二九年」六六頁以下。
- (4) 羽田(1) 五九九頁、山本敬三「民法九〇条(公序良俗違反の法律行為)」広中俊雄Ⅱ星野英一編・民法典の百年Ⅱ「一九九八年有斐閣」八三頁。
- (5) 谷口知平・不法原因給付の研究「第三版」(一九七〇年 有斐閣)一九〇頁。なお、この記述は初版「一九四九年」におけると変わりはない。
- (6) 沢井(1) 四六頁。
- (7) これは、川井健・無効の研究「(一九七九年 一粒社)二六頁以下(「物資統制法違反契約と民法上の無効——取締法規と強行法規との分類への疑問」判例タイムズ二〇五号「一九六七年」一四頁以下)が、契約の履行前と履行後では、その私法上の効力が当事者間の利益状況や取引安全に対し及ぼす影響に差異を生じることについて、異なる扱いをなすべきであると説いたところを踏まえての議論である。
- (8) (9) 磯村(1) 一四頁。
- (10) 磯村(1) 一八頁。なお、ここに引用した磯村教授の所説が、必ずしもパターンリズムへの傾斜を表明するものでないことに、留意する必要がある。むしろ、いかなる現象を以て評価矛盾と判断するかが、問題として残ってくるように思われる。
- (11) たとえば、大村敦志「取引と公序——法令違反行為効力論の再検討(上)(下)」ジュリスト一〇二三号八二頁以下、一〇二五号六六頁以下「(一九九三年)参照。
- (12) たとえば、山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割(1)(2)」ジュリスト一〇八七号一二三頁以下、一〇八八号九八頁以下「(一九九六年)参照。
- (13) 羽田(1) 六〇一頁。
- (14) この論点については、本稿では立ち入らない。さしあたり、大村(11)(下)一〇二五号七二頁、石田喜久夫「公序良俗

に関する一考察(一)」京都学園法学一九九六年一号二三頁を参照。

(15) 羽田(1)六〇三頁による。

(16) 羽田(1)がそれであり、「研究報告」と銘打った二段組の論巧であるが、的確・明晰と評しうる。本稿を草するにつき、座右に備えた。なお、そこで、とくに利用された文献は、各種コメントルのほか、Friedrich Endemann, Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht, Leipzig 1887 および Hans Martin Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 2 volligenearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg 1983; Claus-Wilhelm Canaris, Gesetzliche Verbot und Rechtsgeschäft, Heidelberg 1983 による。

(17) Axel Beater, Der Gesetzesbegriff von §134 BGB-Zur Anwendbarkeit der Vorschrift auf Verfassungs- und Satzungsnormen, allgemeine Rechtsgrundsätze und Gesetzesumgehungen, Archiv für die civilistische Praxis [AcP] 197Band Heft 5, SS. 505-528.

(18) 羽田(1)六〇四頁参照。ベアーターも(17)所掲の論文S. 506において、連邦制定法、邦制定法(Landesgesetz)本稿ではLandを邦と訳す)、法律命令が二三四条の意味におけるGesetzたりうることに、争いはないという。

二 BGB 二三四条の課題

1 問題の提起 アクセル・ベアーターによれば、二三四条にいう禁止ルールがどのような規範に違反する場合に妥当するか——二三四条のGesetzは何を意味するか——について、「とりわけコメントルの類は、まったく様々な帰結に到り、その背後に存する制定法概念(Gesetzesbegriff)を明らかにしないような個々の法規範の列举で満足する傾向にある⁽¹⁹⁾」と嘆きながらも、「私的自治的に指定されたルールが二三四条によってカヴァーされないことについては、一致がみられる。というのは、同条は、私的自治に、上位にある利益に関して限界線を引くが、他人の同等の自治に対する個人の私的自治的な規範形成の自由を後退させるべきではないからである⁽²⁰⁾」と説いている。とはい

え、私的自治的な定款 (Satzung) を仔細に眺めると、たんに「他人の同等の自由に対する」云々という言辞の妥当する限界領域に眼を向ける場合、ことはさように単純ではないとして、次の事例を挙げる。

(a) 手工業者が、営業法により要求される営業遂行のための要件を充足していないので、他の手工業者と「藁人形契約 (Strohman-Vertrag)」を締結した場合。⁽²¹⁾

(b) 住居所有者が、一般的な音楽禁止にひとしい結果を招く、多数決による決議に及んだ場合。⁽²²⁾

(c) 仲裁契約において、法人構成員と非構成員との間の紛争は、法人の構成員から成る仲裁裁判所によってのみ決定される。と定められている場合。⁽²³⁾

(d) 二人の医師が、医師の職務規則 (Berufsordnung) の規定に反する、患者の有償の紹介 (Zuweisung) に関する契約を結んだ場合。⁽²⁴⁾

右の凡ての場合に問題となるのは、とり決めがそのようなかたちで維持さるべきか否かであるが、禁止法規の潜脱 (a) ・憲法の評価に対する違反 (b) ・一般的な法原則違反 (c) については、殆んど論議なしに一三四条の適用を肯定しているが、定款違反 (d) については活発な論議がみられる。連邦裁判所は定款をも「制定法」と観ているが、学説は岐れている。ここで、BGB 施行法 (EGBGB) 二条を参照して確信的に肯定説を採るものと、「自己自身でも明示的に法律行為の無効を、当該規範の法律効果の言明へ取り入れ得る、かつ、取り入れるべき規範授与者 (Normgeber) の規範のみが、禁止法規である」と説く、タウピッツ (Taupitz) の見解に留意すべきであろう。⁽²⁵⁾

2 一三四条の成立とその作用 右のように問題を提起したベアーターは、まず問われねばならないのは、一三四条の目標設定であるとし、「この規定は、私的自治による行為が踏み越えてはならない限界を措定している。」と説く。つまり、踏み越えられた禁止法規 (Verbotsgesetz) に重要な⁽²⁶⁾を賦与し、その効力を一般的な民事法へと延長する

という「転換規範 (Umschaltnorm)」のかたちで、右の課題を充足しようとしているのである。換言すれば、法律行為の有効性は、当該当事者が従属すべき評価に依存せしめられており、重要なのは、侵されるべきではなく、かつ、場合によつては契約自由に反しても貫徹されねばならない、法秩序の無矛盾性と首尾一貫性なのである。⁽²⁷⁾ 強行法が請求可能性を排除しようとしている合意は有効であるべきではなく、より一般的にいうなら、制定法違反が法を破る者に特権を与え、制定法に忠実な人に比して、彼に不当な特別利益を与えることは、防止されねばならない、とベアターは断ずる。

ところで、一三四条に定めるルールは、BGBの創出にかかるというより、それ以前の法の諸原則に結びついている。というのは、BGB第一草案は、プロイセンの一般邦法 (ALLR = Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten)、および、間接的にではあるが普通法をも、本条に関して指示しているからである。⁽²⁸⁾ つまり、プロイセン法及び普通法のルールを適用した、富くじ行為 (Lotteriegeschäft) に関する、一つの帝国裁判所の判決は、⁽²⁹⁾ プロイセン刑法で加罰的とされる富くじ行為の民事法上の無効を実効あらしめるために、国家による利得の吸収、支出された富くじの対価の保障のための債務約束の無効などを説いており、これを理由書が肯定的に援用しているからである。しかし、他面において、一三四条に定めるルールは先行例 (Vorgänger) とは対照的であり、このことは、普通法や地域法とりわけALLRの内容に影響を及ぼしてきたローマ法のルールを引照するならば、明白になろう、とベアターはいう。

彼によれば、古典期ローマ法は禁止法につき三分法 (Trichotomie) を採り、普通法においてもそうなのであるが、最も厳格な禁止法は *Lex perfecta* (完全法) とされ、その違反は法律行為を無効とし、他の極には *Lex imperfecta* (不完全法) が位し、禁止の不遵守はいかなるサンクションをも発動せしめず、その中間に *Lex minus quam perfect-*

す（未完全法？）が存在し、禁止された行為を有効とはするものの刑罰が科せられた、と解される。もちろん、禁止法規の内容やその理解のしかた等について、さまざまな見解が並立しているものの、右の三分分自体はあまねく承認されている。とにかく、ローマ法は、契約の自由に総体として大きな意義を認めていると云える。Lex perfectaによつてひたすらに極端な場合につき限界線を曳き、それ以外は私的自治的に形成された内容を尊重しているからである。かような三分法は帝国裁判所の判決に影響を及ぼしていたが、BGBの発効後はその意義を失った。一三四条には、もはや三つの厳密に区分されたカテゴリーも禁止法のカatalogも存在せず、禁止法規立法者に、法的な処遇を意識的に禁止の意味と目的に依存せしめているからである。⁽³⁰⁾ かくて、一三四条は、禁止法規立法者に、法的首尾一貫性と私的自治との間でつねに新たに衡量すべきことをも義務づけ、従来の三分法に代つて比較にならぬほど柔軟な装置（Instrumentarium）を生み出し、私的自治と法的首尾一貫性のいずれにも優位を与えず、両者の間で細かい衡量がなされるべきである、との考察方法を生み出すに至った。

禁止規範の目標設定にしたがつて帰結が生じるのであるから、禁止法規が多種多様であればそれぞれの帰結もさまざまであり得る。かくて、原則的に制約されない数多くの制裁可能性（Sanktionsmöglichkeiten）への道が開けた。一三四条は、ある法律行為の敢行をLex minus quam perfectaの⁽³¹⁾とく刑罰を以て威嚇し得ないが、法的な反作用——たとえば無効——につきいかなる制限も存しないがゆえに、従前の法を超えている。と評し得よう。かくて、無視された制定法の意味が禁止法規への編入を拒むこともあり得、そのさいには法律行為の効力が全く影響を受けないこととなる（Lex imperfecta）。逆に、規範を禁止法規たらしめ法律行為の無効へ導くこともあり得る（Lex perfecta）。それと並んで、当該禁止規範の目標設定にしたがつて更なる帰結可能性を生じる。とりわけ有意義なのは価格規定違反の場合であり、そこでは法律行為は有効性を保持するが、適合した価格のかたちに変容をうける。⁽³²⁾ そのほか、無効効

果がたんに将来に向かって (ex nunc) のみ生じ、被傭者 (労務者) はすでに給付した約務につき禁止違反の契約に基づく報酬 (Vergütung) を請求しうるとするもの、禁止法規の意義と目的が、闇労務者 (Schwarzarbeiter) の契約上の請求権のみを排除し、不当利得法上のそれを否定すべきでない場合には、利潤の調製という特殊な効果をもたらすとするもの、⁽³⁴⁾ 違反は浮動的な無効 (Uwirksamkeit) へ導き、行為の有効性は承認 (Genehmigung) に依存すると説くもの、⁽³⁵⁾ などがみられる。さらに、禁止違反が契約を有効に維持させるが、そのさいの損害賠償請求権が逸失利益 (entgangene Gewinn) をも包含するか否か、という効果を生じることもあるとされる。⁽³⁶⁾

ひとは、一三四条の右のごとき解釈が文言に符合するかと疑うであろう——この規定が「法律行為が制定法の禁止に反する場合には、その民事法上の効果は、禁止法規の意義と目的によって定められるべきである。」などと謳っていないからである——。しかし、立法者が、禁止に対する違反の惹起する法律効果に対して、なんらの具体的指示をも与えなかった場合につき、つまり、禁止法規の文言が法律効果に関し説明の端緒を提供しない場合につき、一三四条は無効を認めることによつて法適用者に明白な指令 (Directive) を与えた、というべきであろう。さらにいうなら、この規定がいわゆる最高罰 (Höchststrafe) を定めているとすれば、制定法の文言がぎりぎりの限界を表示し、より穏やかな規制の可能性を求めるべき要請をそこに見ることも、できるのではなからうか。これが、ベアーターの⁽³⁷⁾この帰結と思われる。

3 BGB 施行法二条 ひき続き彼は、一三四条の目的論のみからそこでの制定法概念が規定されるのではなく、BGB 施行法二条が手がかりを提供するとして、その検討に及ぶ。同法条は、「民法典とこの法律の意味における制定法はすべての法規範 (jede Rechtsnorm) である。」と定めており、そこでは権原の相違 (Kompetenzunterscheidung) ではなくて、当該規定の法命題性 (Rechtssatzcharakter) 重要なのである。そして、そのさいBGB八三三条二項の

「保護法規 (Schutzgesetz)」が、周知のように、国法的意味における正式の制定法だけでなく、命令 (Verordnung) ・官庁の個別的規制 (Einzelfallregelung) ・地方公共団体の条例 (Gemeindecassatzung) をも含むこと、留意すべきである。細かい権限の区別に従ってこの制定法概念を規定すべきでないことは、B G B 施行法二条の沿革に徴しても明らかである。

B G B はドイツ帝国において創られたのであり、当時の帝国と諸邦はすべて王制 (Monarchie) であり、それぞれの国制法はさまざまな色あい⁽³⁸⁾を呈していた。かような背景のもとで、施行法二条はさまざまな法源理論にひとつのルールを呈示するために法規範という解釈を要する——開かれた——用語を採用したのである。また、一九世紀の民事法は根本において見渡し得ない多様を示していた。たしかに帝国の殆どどの市民については普通法・A L R・フランス法・ザクセン法のいずれかが妥当したが、それにしても、数多くの地域的な規定 (Statut) や慣習法が基準となり、それらは「極めて多くの不思議な体験 (Mystik)」⁽³⁹⁾をもたらし⁽³⁹⁾た。そして、このような地域法はしばしば階層法 (Ständerecht) であったし、その空間的妥当に制限があることでもあり、一定のグループの「分離的な特別法 (dezentrales Sonderrecht)」であった。ベアーターは、それらは今日の自治団体 (Selbstverwaltungskörperschaft) の定款 (Satzung) に類比できる、としている。なぜなら、両者はともに、その効力を空間的かつ対人的に制限されており、特別な性質をもつ法なのであるから。ところで、このような等置は、今日の国制のもとでの契約自由の処遇を考えるさいにも、示唆的であるとして、彼は次のごとく論ずる。一般的な契約自由は基本法二条一項によって保護されているが、同時にその限界を、合憲的条例 (Ordnung) や倫理法則のごとき他のルールに見出し、その制約については「相対的に低い (relativ niedrige)」垣根が存するにすぎない。すなわち、他の基本権とは逆に、制約は正式の制定法 (基本法二二条二項三文)⁽⁴⁰⁾からも、「制定法に基づいて (auf Grund eines Gesetzes)」(基本法八条二項・一〇条二項一文)⁽⁴¹⁾

も生じない場合にも許容される。連邦憲法裁判所は、それを超えて、自治的な職業団体の職業規則 (Berufsordnung) を「直接に妥当する法 (unmittelbar geltendes Recht) とみなし、契約自由のみならず、基本法によってとくに保護された職業の自由 (Berufsfreiheit) をも制限しうる、としている。⁽⁴²⁾

叙上のごとき沿革および今日の憲法による評価は、公的な法的自己管理定款 (Selbstverwaltungssatzung) も慣習法も一三四条 BGB の眼中にあることを許容しており、法的権限による (kompetenzrechtlich) 限界づけが基準となるべきでないことを、明白ならしめる。つとに帝国裁判所は、BGB 制定前に、憲法上の禁止に関連して、規範のヒエラルヒーや規制権限の問題は重要ではない、としていた。⁽⁴³⁾ その故に、公的な法的定款のごとき下位の規範について、BGB 一三四条が、欠けている規制権限問題を克服すべきか否かを、検討すべきであろう。法規のヒエラルヒーを以てする単純な推論のごとき、規制権限を単純に目途とすることは、問題を回避するものであり、われわれに、いかなる内容的に満足しうる理由づけをも、もたらし得ないのである。

註

- (19) Beater (17) S. 505.
- (20) Beater (17) S. 506.
- (21) ベルリン地方裁判所判決 (Landgericht [LG] Berlin, 9. 1. 1956 Juristische Rundschau [JR] 1956, S. 304) は、手工業法の保護規範回避を理由に一三四条に依拠し、帝国裁判所 (Reichsgericht [RG] 20.3.1914, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [RGZ] Bd. 84, S. 304.) は一三八条一項を適用した。
- (22) ハム上級地方裁判所 (Oberlandesgericht [OLG] Hamm 10. 11. 1980 Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1981, S. 465) は、一三八条一項を適用した。
- (23) 連邦裁判所 (Bundesgerichtshof [BGH] 19. 12. 0968, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

〔BGHZ〕 Bd. 51, S. 262) は、「制定法に表現されるに至っている超当事者的司法の命令」を指示し、一三四条を適用した。

(24) 連邦裁判所 (BGH 22. 1. 1986. NJW 1986, S. 2360) は、定款規範 (Satzungsnorm) を一三四条の意味における Gesetz とみた。

(25) Taupitz, Berufsständische Satzung als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, Juristenzeitung [JZ] 1994, S. 221.

(26) Beater (17) S. 507.

(27) スイス債務法一九条一項「契約の内容は制定法の枠内において任意に確定される。」を、ベアターは引用している。Beater, (17) S. 507

(28) vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899, I, S. 210, S. 468.

(29) RG 25, 11. 1886 RGZ Bd. 16, S. 85 2 RGZ 24, 3, 1887. RGZ Bd. 17, S. 299f. (Zit nach Beater (17) S. 508.)

(30) Mugdan (28) S. 468 は、「重要なのは、個々の場合における制定法の意図である。」という。

(31) Beater (17) S. 511 FuBnot 27 によれば、「この点についてはひろく一致がみられるが、個々の点では争いがある。Canaris (16) S. 31 は片面的・一部無効 (halbseitige Teilnichtigkeit) を可能とみて、禁止法によって保護された一方は契約上の請求権を有するが、みずからは不当利得に基づく責任を負うにすぎない」とする。マイヤー・マリ (Mayer-Maly) は承認必要性 (Genehmigungsbedürftigkeit) の例外を以て、さまざまな法的効果を許容している。とくに、ハーガー (J. Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983) は、ひろく一部無効の問題を取り上げる。これに対し終始否定的なのは、シンンマーマン (Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? 1979) であり、全部無効のみを許容する。一八八〇年の曇利禁止法 (Wucherverbotsgesetz) を彼は指示するが、これに、曇利の法律行為が一三八条二項で国有の規制を受けていることが、対置されよう。」とのことである。

(32) BGH 20. 11. 1953 BGHZ Bd. 11, S. 90.

(33) BGH 12. 1. 1970 BGHZ Bd. 53, S. 152.

(34) BGH 31. 5. 1990 BGHZ Bd. 111, S. 308.

(35) Bundesarbeitsgericht [BAG] 30. 5. 1969. NJW 1969, S. 2111 は、外国の代理人による労働契約の仲介にかかわる事案である。

(36) 禁止規範が営業上の再譲渡を禁じている場合に問題となる。Vgl. BGH 30. 11. 1979 BGHZ Bd 75 S. 366; BGH 25. 6. 1962, BGHZ Bd. 37, S. 258.

(37) Vgl. Beater (17) S. 512

(38) 帝国裁判所の判決で問題になったプロセインの富くじの禁止は、一八四七年ないし一八六七年の国王の命令 (Königliche Verordnung) の定めるところであった。一八五〇年のプロセイン国制文書 (Art. 45 Verfassungsurkunde) は、国王に唯一の執行権 (vollziehende Gewalt) を割り当て、制定法の公布と実施に必要な命令 (Verordnung) を区画したが、なお立法権は、国制文書 (Art. 62) によれば、「国王と二つの議会とにより共同で行使された」のである。一九一一年でもなお、支配的見解に従えば Verordnung は Gesetz と等質であった (Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd. 2, 5 Aufl. 1911, S. 85)。こうした事態をも踏まえて、施行法二条は Gesetz ではなくて、Rechtsnorm を選んだのである。Vgl. Beater (17) S. 513.

(39) O. Mayer, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 2 Aufl. 1914, S. 90 (zit. nach Beater (17) S. 514.)

(40) 「これらの権利 (個人的な自由権) は、制定法に基づいてのみ侵害が許される。」(基本法二条二項三文)

(41) 「野外での集会 (Versammlungen unter freiem Himmel) については、集会の自由権 (Versammlungsfreiheit) は、制定法によりもしくは制定法に基づいて制限される。」(基本法八条二項)

「[信書・郵便・電話の秘密に対する] 制限は制定法に基づいてのみ定めることができる。」(基本法一〇条二項一文)

(42) Bundesverfassungsgericht [BVerfG] 9. 5. 1972. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] Bd. 35, S. 15.

(43) RG 25. 11. 1886. RGZ Bd 165, 88. むしろ問疑されるべきは、規範の侵害にもとづいて (＝違反行為があったとくに)、その結果が、侵害された規範にかかわる可能性のない領域 (＝私法領域) について、引き出されるべきか否か、なのであるとする。換言すれば、刑法や行政法規に違反する行為が、即目的には関係のない私法上の効果を惹起するべきか否かが、重

要なのである。

三 体系的考察

BGB一三四条の意味における制定法概念を明らかにするためには、さらに、本条とBGB一三八条一項との関連が考究されるべきである。この両規定は、意思表示に関する章に収められており、いずれも法の自尊(Selbstachtung)に奉仕する。しかし、一三八条一項にはさらに、刑罰目的が割り当てられており、それだけにその機能と課題をめぐって激しく争われている。ともかく、良俗違反は法律行為を常に無効ならしめるのに、法律(=制定法)違反はその法律から異なつた帰結が生じない場合にのみ無効効果が生じるといふ、制定法の文言が、両規定の根本的相違と示唆している。と云える。このように述べたベアーターは、以下のごとく論議を展開してゆく。

1 考察の起点 (Ausgangspunkten) 制定法違反と良俗違反との間の明白な区分は、ドイツ法に特殊なものである。例えば、イギリス法は、不法な (illegal) あるいは公序に反する (against public policy) 数多くの型の契約を区分している。すなわち、コモン・ロー (ケース法) は、合意が道徳に反する⁽⁴⁴⁾か、自由競争を制限するような場合等々に、契約の自由に限界を曳く。これに対し制定法違反の取り扱い⁽⁴⁵⁾は、いかなる確固たるルールにも従わず、侵害された規範の目的と個々の事情に依存する。禁止された内容の契約は、原則として効力を有せず、根本的に履行請求権も返還請求権も発生させないが、有効な部分と効力を生じない部分に別かれうる。また、それ自体としてでなく、個別的事情に基づいてのみ禁止される契約にあつては、その処遇は当事者の善意もしくは悪意に依存する、とされる。スイス債務法⁽⁴⁶⁾オーストリア民法⁽⁴⁷⁾は、制定法による禁止と反良俗禁止を一つの規定に総括し、これを無効としている。しかし、スイス法は禁止法規違反の契約を自働的に無効とすることなく、禁止規範が明示的に無効とするか、もしくは

は、規範の意義と目的が具体的に (in concreto) 無効を指示している場合にのみ無効とする。⁽⁴⁸⁾ これを超えてスイス法は、BGB一三四条とは逆に、無効という、「欠陥の破壊的帰結 (destruktive Konsequenzen des Mangels)」を必要最小限にとどめるために、契約の一部無効を配慮している。⁽⁴⁹⁾ つぎに、オーストリア法は、絶対的もしくは相対的・全部または一部無効という「さまざまな無効 (Varianten der Nichtigkeit)」を知っている。無効はさらに「そのときから (ex tunc)」あるいは「いまから (ex nunc)」に生じ得、この相違は「巻き戻し (Rückabwicklung)」に及び、こうした帰結は、無効を理由づける規範の目的に従って生じる、とされている。

ドイツ民法典は、これに対して、明文をもって、良俗違反は無効、制定法の禁止違反は禁止法規の趣旨によるとして、両者の帰結を区別している。良俗違反の法律行為については、すでに第一草案に謳われていた原則「それ自体効力を生ずべきではない。」が厳存するが、禁止法規違反のときはそうでなく、このことに応じて、判例は一三四条と一三八条につき距った原則を展開し、それぞれに異なった射程距離 (Reichweite) を与えてきた。とくに、連邦裁判所は良俗違反の契約をBGB一四〇条⁽⁵¹⁾にしたがって有効な合意へと転換するのを拒否してきた。「良俗違反の瞞着 (Übervorteilung) ゆえに無効な法律行為は、原則として、転換され得ない。一方への瞞着された者の給付義務を限定し、容認できる程度に還元する、という手法も許されない。」⁽⁵²⁾ とするわけである。こうした態度の背後には、威嚇のもつ作用を考慮したうえ、他人を良俗違反の方法で欺く者は無効の危険に曝されるべきであり、裁判所が代替的な良俗適合的なものを取得しうることを望むべきでない、という思想が存在している。⁽⁵³⁾ 他方において、裁判官の権限が問題となる。当事者に対して、双方の利益を正当化し、良俗違反の帰結を回避する契約内容をつくり出すことは、裁判所の課題ではない。良俗違反の契約を一三九条に従って少くとも部分的に維持しうる可能性の余地は、僅少であって、連邦裁判所は、良俗違反部分が一義的に分離可能であり、その故に「裁判官の契約形成 (richterliche

Vertragsgestaltung)」が必要でない場合にのみ、許容している⁽⁵⁴⁾。他方において、一三四条にいう制定法による禁止の場合には、禁止規範の意義と目的のみが重要であつて、契約の自由と法の首尾一貫性への関心との間に繊細に限界線を曳きうる、とするのが判例の姿勢を言えよう⁽⁵⁵⁾。約言するならば、ベアーターは、一三八条一項の場合は良俗違反の法律行為であるか否かをあらかじめ規定できないが故に、有効と無効の両極のカテゴリーを選択しうるのみであるのに対し、一三四条は禁止法規のかたちで具体的な解釈の補助を提供し、可変的な法律効果を以てする処理を可能ならしめたのだ、と観ているのである⁽⁵⁶⁾。

2 限定 (Einschränkung) の諸相 抽象的・一般的には右のように言い得ても、そのような手法が貫徹されているとは断じ難い。すなわち、良俗違反の契約の一部無効を許容すべき正当な利益状況が存在し、凡てか無かという極端なカテゴリー自体は一貫して正當視され、行為の分別可能性が徹底して排除されるものの、しかもなお、まさに中間段階的な解決を正当化する途が模索され、判例が一三八条一項のカテゴリーを柔軟ならしめようと様々に腐心してきたのである⁽⁵⁷⁾。長すぎる拘束期間を伴うビル供給契約につき期間に関して、地上権の購入価格に関して、一括譲渡 (Globalabtretung) による過剰保障に関して、良俗違反の契約の一部無効を結果として認めている⁽⁶⁰⁾。ベアーターは、このことを、建築業者の代理人の収賄により成立した業者に不利な売買契約処理について、以下のように説いている。帝国裁判所は、これと比較しうるコンストラクティオンにおいて一三八条一項を適用し、契約を(絶対)無効とした⁽⁶²⁾が、連邦裁判所は、同条を適用しないで、建築業者に、BGB八二六条の定める「良俗違反の方法で他人に故意に損害を帰せしめた者はその他人に対し損害をなすべき義務を負う」とのルールにより、損害賠償請求権を与え、業者は惹起された損害の額において売買代金債務との相殺を認めた⁽⁶³⁾。さらに、ここでは失効の原則や権利濫用の法理の助力を得ることも可能とされ、かくて「法律行為はたしかに良俗違反の故に無効たりうるが、しかも契約相手方は無効を

援用しえないことにもなる。⁽⁶⁴⁾」と説かれる。前掲事例(二)(a)(c)が制定法潜脱や一般的法原則違反を一三八条でなくて、一三四条の適用領域へ引き入れているのも、このコンテキストのもとに理解されよう。学説では、一三八条のもとで一部無効の可能性を説く聲が流布している、とベアーターはいう。⁽⁶⁵⁾また、良俗違反における主観的概念の要件が一三八条の適用を回避させ、民事訴訟法に表現されている「超党派的(中立的)な私法の要請」(前掲二(c)事例)を、一三四条の意味における制定法とみさせるに至っている。⁽⁶⁶⁾このように観てくると、一三四条と一三八条の体系的分離はいよいよ重要性を失い、これを無用とする——しかるときは、体系的整合性の失われる危険性が前面化しよう——かのごとく思われる。

しかし、一三八条が右に説いてきたごとく当初とは異なりさまざまに継続形成されるに至った現在にあっても、一三四条は独自の存在意義を有する。というのは、一三八条一項がいかなる内容上の基準をも配慮していないところから、法律行為の「残りの」、「適当な(angemessen)」もしくは「両当事者が理性的な方法で意欲したであろう」限度において維持される、というふうに、見解の分離を生じるのに対し、一三四条にあつてはさような事態は生じないからである。たとえば、「制定法に反する不当に高額の代価が、『慣用の』もしくは『正常な』程度を超えても、禁止法規の目的がこの結果を持ち出しておれば、有効にとどまりうる」「『正常価格での売買として有効!』」⁽⁶⁷⁾こととなる。判例も、かような意味での一三四条と一三八条の厳格な区分を現在においても、出発点として認めている。⁽⁶⁸⁾さきに掲げた住居所有者の多数決事例(二)(b)は、とりわけ、一三八条による一部無効が往々にして、「裁判官の契約形成」「裁判官の変更権(Moderationsrecht)」に至り、克服困難な隘路に陥ることを、示している。それ故、体系的かつ歴史的な視点からすれば、制定法違反と良俗違反の限界を尊重し、「広汎な裁判官による契約内容の吟味権(weitgehendes richterliches Vertragsprüfungsrecht)」を保障する——侵害された保護法規(Schutzgesetz)の目的論議に立

ち返るとにより——一三四条に拠るほうが、一三八条一項を以てするよりも、難点が少ない。このようにベアーターは評するわけである。⁽⁶⁹⁾ 約言するならば、一三四条と一三八条の分別論を維持しながらも、一三八条が包摂してきた事案につき柔軟な解決を必要とするコンステラティオンの現出している現在にあつて、一三八条によりこれに応ずることも不可能ではないにしても、一三四条に依拠するのが安定的ではないか、というのである。

註

(44) 売春婦が、その中で商売を営もうとする有蓋馬車の賃貸借。

(45) 基本的な問題は、制定法が契約を禁じることを意味しているかどうか、である。Beater (17) S. 516.

(46) スイス債務法二〇条一項「不能または違法な (widerechtlich) 内容の、もしくは良俗に反する、契約は、無効 (nichtig) である。」

(47) オーストリア民法八七九条一項「制定法上の禁止または良俗に反する契約は、無効 (nichtig) である。」

(48) これが判例・通説であることは、Gauch = Schup, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1. 5 Aufl. Zürich 1991, Nr. 684 [zit. nach Beater (17) S. 516] の指摘する通りである。

(49) BGB 一三九条「法律行為の一部が無効であれば、その無効な部分なくしても法律行為がなされたと認められないかぎり、法律行為は全部無効である。」スイス債務法二〇条二項「欠陥 (Mangel) が契約の単なる一部にかかわる場合には、契約が無効な部分なしには一般に締結されなかつたであろうと、認められないかぎり、その部分のみが無効である。」両規定間では、原則と例外が逆転していることに、留意すべきであろう。

(50) たとえば、Krampe, Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragklauseln Acp. 194 Bd. S. 1 を参照。

(51) BGB 一四〇条「無効な法律行為が他の法律行為の要件に適合するならば、無効を認識しておれば他の行為の効果が意欲されたであろうと認められる場合には、他の法律行為が妥当する。」

(52) BGH 21. 3. 1977 BGHZ Bd. 68, S. 204ff.

(53) このことは、(52) 所載の BGH の判決に明らかであるが、これに批判的なものとして、Roth, Geltungserhaltende Re-

duktion im Privatrecht, Juristenzeitung [JZ] 1989, S. 411f.

- (45) BGH 5. 6. 1989 BGHZ Bd. 197, S. 351.
- (46) 闇労働 (Schwarzarbeit) 廃絶のための制定法違反に関する BGH 3. 9. 1982 BGHZ Bd. 85, S. 39.
- (47) Beater (47) SS. 518 ~ 519. 同語を説くものとして Olshausen, Zivil- und Wirtschaftsrechtliche Instrumente gegen überhöhte Preise, Zeitschrift für die gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht [ZHR] Bd. 146, S. 259ff.
- (57) いわゆる暴利行為は二三八条二項によれば、仮令それによって意図された保護が被収奪者に向けられるにせよ、徹底して無効である。スイス債務法二二条は、契約相手方に瞞着が存するときは、一年内に契約を解消する権利を被収奪者に与えておかなければ、注意すべきである。Vgl. Beater (47) S. 519.
- (58) BGH 14. 6. 1972 NJW 1972, 1459.
- (59) BGH 1. 10. 1976 BGHZ Bd. 68, S. 1.
- (60) BGH 9. 1. 1978 BGHZ Bd. 72, S. 308.
- (61) 表見的には全部無効の原則を固持しつつするため、それに不整合性の認められる場合には、Canaris, Gesamtwirksamkeit und Teilnichtigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, Festschrift Steindorff, 1990, SS. 519ff.
- (62) RG 1. 6. 1932 RGZ Bd. 136, S. 359; RG 29. 10. 1931. RGZ Bd. 134, S. 43.
- (63) BGH 23. 1. 1981. NJW 1981, S. 1439.
- (64) Beater, (47) S. 520.
- (65) Lindacher, Grundsätzliches zu §138 BGB, AcP. 173 Bd. S. 14f.; Zimmermann (65) SS. 80f. 110f. (Zit. nach Beater (47) S. 520).
- (66) Vgl. BGH 8. 1. 1985 BGHZ Bd. 96, S. 269.
- (67) Beater (47), S. 522.
- (68) Vgl. BGH 5. 6. 1989 BGHZ Bd. 107, S. 351.
- (69) Vgl. Beater (47) S. 522.

四 制定法概念の検討

すでに触れたように、一三四条は一三八条に比して、制約の少ない、なや、かな道具立である。フレキシブルな判決を可能ならしめるには、問題のある良俗カテゴリーに拠るよりも、歴史的な解釈指標と結びつき広く把握されている制定法概念を以てすべきである。制定法概念を狭く理解するときは、良俗の働く余地が拡大する結果に導く反面、禁止法規の概念とそれに伴う一三四条の適用領域を拡大しようとするならば、良俗の機能は減ずることとなるが、われわれは後者を選ぶべき、とベアーターは説くわけである。このことを規範の分析と裁判官の権限問題とに即して、次のように敷衍している。

1 抽象的規範と具体的規範 (abstrakte und konkrete Norm) 制定法の限界づけの問題は、一般的な法原則や広く把握された憲法規定に対する違反の場合に、とりわけ問題となる。まさに憲法の評価がその広汎さの故に各々の合意形成のために濫用されうる。それと並んで、禁止法規が侵害されないが「潜脱された」場合にも一三四条が適用された(二(a))。禁止法規の潜脱行為 (Umgehungsgeschäft) の取り扱いについては、議事録に「禁止された法律行為と同じように看做されるべきは、当初考えられた法律行為の制定法による禁止がめざすのと同じの目的を、他の法形式で達成しようとする法律行為である。」⁽⁷⁰⁾との記述が見られるものの、意識的に一三四条に含められなかった。ひとは、一連の許容された法律行為が無効と宣言されることを欲しなかったし、裁判官の解釈の自由に干渉し指令を与えようとも思わなかったのである。契約自由への立ち入った干渉は、法がどのような方法で違反が契約に現れるときかについて明確なルールを与え、禁止の意義と目的によって認識せしめられる場合にのみ、許容されうる。たとえば、基本法四八条二項一文「なんびとも、連邦議会の議員 (Abgeordnete) の職務を引き受けおこなうことを防げられるべ

きではない。」のごとく、とりわけ抽象的にひろく表現されている典型的な憲法規範は、これには該当しない⁽⁷¹⁾。ここでは、一三八条が働き得るにすぎない。一三八条は、まさに、裁判官が法律行為の効果を測り得るいかなる具体的な法的ルールをも用い得ない場合を、考えているからである。したがって、この場合には法律行為は有効か無効かという極端なカテゴリーにつき二者択一である。禁止法規が裁判官に明白な指標を賦与する場合にこそ、一三四条による段階的処理の可能性が有意義となり、裁判官はもはや衡平の顧慮(Billigkeitsüberlegung)からのみ判決を汲み出すべきではあるまい。一般に、ある規定が何かをより、具体的かつ一義的に禁止すればするほど、それだけ契約自由に対する法の首尾一貫性と優位が要求されるのであり、たんに一般的に編まれたルールにあつては之に反し、比較にならぬほど矛盾に悩まされることとなる。それ故、支配的見解⁽⁷²⁾とともに、所謂「基本権の第三者効」のかたち⁽⁷³⁾での憲法的評価に対する違反(二(b))は、一三八条一項に即して判断されるべきであり、一三四条へ還元されるべきではない——禁止規範が十分に具体的である場合にのみ、gesetzliches Verbotたりうるのである——。つまり、当事者の合意を他の合意に置換すべきではない。「制定法の潜脱(Gesetzesumgehung)」についても、同様のクリテリウムが妥当する。禁止法規が直接的にも類推的にも関与しない場合には、一三四条の登場する余地はなく、一三八条一項のみが裁判官に干渉可能性(Eingriffsmöglichkeit)を与えることとなる⁽⁷³⁾。一三四条にあまりに多くの余地を与えることは、裁判官による契約形成に至ることに、留意しなければなるまい。

2 権限問題(Kompetenzfrage) すでに一三四条及び施行法二条の沿革に徹しても、一三八条によるのでは達成困難な段階的処遇の可能性に門戸を開きうるのは、一三四条であることを想起すべきであろう。このことは、とりわけ階層的な職業団体規則(Berufsordnung)に関して、重要な意義をもつ(二(d)参照⁽⁷⁴⁾)。というのは、判例が、これまでくり返し、「階層的違法(Standeswidrigkeit)」から良俗違反を帰結してきたからである⁽⁷⁴⁾。すなわち、職業団

体規則 (Berufsordnung) —— 定款 (Satzung) の一種とみられる —— を原則として一三四条の適用領域から排除しようとするならば、その違反は一三八条を以て律するよりほかなく、疑問のある帰結に導くおそれがある。例えば、議会によつて発布された制定法が定款規則 (Satzungsregelung) と同内容であるとすれば、一三四条に服するのに対し、定款制定者 (Satzungsgeber) には契約自由を規制する権限が無い故に、職業団体規制は一三四条から排除され、違反行為は一三八条によつて処理さるべし、とするのは奇妙ではないであろうか。かくては、いわばランク下位の定款規範が広汎な効力を有し、上位ランクの制定法よりも、より強力に契約の自由を制限することになるであろうから。加えて、定款制定者は裁判官に比して当該事項に関しはるかに通曉しており (sachnäher)、約款制定者が確定したところを排除して、一三八条を通じ、「すべてか無か」の決定ルールを裁判官に委ねることなど、誰が想到するであろうか。しかし、そうだとしても、契約自由に対する法の一貫性と優位は、正規の制定法侵害もしくは憲法違反にあつては、定款違反におけるよりも、明白でなければならぬことというまでもあるまい。逆にいうなら、職業団体の階層的 (berufsständisch) ルールが、一三四条の意味における禁止を含んでいるか否かは、厳密に検討されるべきである。だから、前掲 (二 (d)) の当該規定は明白に禁止している (nicht gestattet) が、医師が他のどの医師に患者を紹介するか⁽⁷⁵⁾の決定を、患者の利益において医学的衡量に基づいてのみ、かつ、対価の代わりでなく、なすことを妨げるべきではないのである。

なお留意すべきは、ここでの慣習法の役割についてである。一三四条や一三八条に関する裁判所の判断基準である裁判官法 (Richterrecht) が慣習法という状態 (Status) に至るときは、裁判所はこれに基づく十分な干渉をなしうる正統性 (Eingriffslegitimation) を有する。つまり、長期間の試練の洗礼 (Feuertaufe) を経て一般的な法確信により義とされた禁止ルールは、裁判官に判決にあたり、制定法がそうであるように、拘束力のある判決理由

(Entscheidungsvorgaben)を提供するのである。換言すれば、裁判所によりつくられたルールが慣習法に確定され十分に具体的であれば、それは一三四条の意味における制定法なのである。⁽⁷⁶⁾ そうだとするならば、はじめに一三八条一項を手がかりに展開されてきたルールは、慣習法論——判例の慣習法化という考え方はドイツ民法学における伝統的法源論の一環と云えるのであるが——を媒介として、一三四条の適用領域へと入り込み、一部無効の可能性につき、一三八条の内含してきたその不許容性から解放し、承認への道を招くこととなる。

註

- (70) Mugdan (88) I. S. 725.
- (71) Vgl. BGH 6. 5. 1965, BGHZ Bd. 43. S. 384.
- (72) BVerfG 15. 1. 1958 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE] Bd. 7. S. 198; BGH 9. 2. 1978 BGHZ Bd. 70. S. 313. 学者では、メーディクス (Medicus) ラーレンツ (Larenz) プレーヤー＝プリ (Mayer-Maly) ほか、数多くのコメンタールなど。批判的なのは、Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Acp. 164 Bd. SS. 385 ff. [Zit nach Beater (17) S. 524]
- (73) Vgl. BGH 15. 1. 1990, BGHZ Bd. 110 S. 47
- (74) Z. B. BGH 14. 12. 1956, BGHZ Bd. 2. S. 347
- (75) Vgl. BGH (24) NJW 1986, S. 2360.
- (76) たとえば、良俗違反の賦払与信契約 (Ratenkreditvertrag) なお、後藤紀一「Matthias Voth・ドイツ金融法辞典」(一九九三年 信山社)二五五頁はRatenkreditを割賦信用と邦訳したうえ、その説明に及んでいる。参照を乞いたい。)の場合についてみれば、判決は良俗違反を規定するにあたり、部分的には極めて微細にいたる計算モデルを展開している (Beater, (17) S. 527)

五 おわりに

1 如上の考察からベアーターは、以下のごとく論を結ぶ。重複を厭わず引用しよう。「一三四条の制定法概念は、主として、歴史的体系的クリテリウムに基づいて、規定される。重要な手がかりは、一三四条と一三八条一項が協働するという手法にある。一三四条は柔軟な (mildere) 装置であり、織細に衡量するところである。この規定は、違反行為の法的取扱いを禁止の意義と目的に依存せしめており、禁止立法者に、法の貫徹と私的自治との間で常に新たに再衡量すべきことを、義務づけている。禁止法規に対する違反は、その故に、根本において無制限に、多くの制裁可能性 (Sanktionsmöglichkeiten) に道を開いている。つまり、さまざまな種類の禁止法規が現存するように、禁止規範の目標設定にしたがって、極めて多様でありうる帰結が可能なのである。之に対して一三八条一項は、無効効果のみを知るに過ぎず、禁止規範欠如の故に一三四条が干渉しえないが特別にひどい事例につき、極端な限界を措置しているのである。かような——個々的には激しく争われているものの、ここではなお支配的な見解の地平からいうのであるが——両規定の協働は、裁判官の権限と課題から明らかである。一三四条と禁止法規は、裁判官に、彼の下す判決に、明白な立脚点 (Anhaltspunkt) を用意するものであり、禁止法規の意義と目的は、禁止がいかなる方法で契約に作用すべきかにつき、まさに広汎な裁判官の契約審査 (Vertragsprüfung) を可能ならしめる。一三八条一項は、これに対し、裁判官に、『良俗』という術語がひたすらに方式を与えるものの、用意していない内容上の標識の判断を負わせている。まさに、良俗違反に関する判断が予め規定されていないが故に、それは極端な場合に限定され、最も極端な (extreme) カテゴリー、つまり有効か無効かを選び得るにすぎないこととなる。したがって、一三四条については、規定が具体的に形成された禁止に対する違反を要求するということが、導き出されるのに対し、一般的な憲法的

評価や法原則に対する批判は、一三八条一項に即してのみ扱えられる。邦（ラント）法もしくは定款をも算入すべきかは、問題とならない。つまり、下位のランクの法に対する一三四条の適用は、厳しい要件のもとではあるが、肯定されうる。最後に、裁判官によって展開されてきた禁止ルールも禁止法規であり、かつ、一三四条の可変の法律効果つまり一部無効の可能性に、とくにそれが具体的な内容であり、かつ、慣習法上の承認を見い出しているときは、途を開くと云わねばならない。⁽⁷⁷⁾」というのである。

2 わが民法に即して いまさらいうまでもなく、わが民法典にはBGB一三四条に相当する規定は存在しない。BGB一三八条一項に相当する民法九〇条は、「善良ノ風俗（＝良俗）」と「公ノ秩序（＝公序）」とを等置することによって、法令違反行為をもその射程に入れているかのごとくであり、BGB一三四条を吸収しているかに見えるが、公序と良俗を区別しないで、「公序良俗」違反行為を無効としている、と解するのが定説といってよい。また、民法九一条が「公ノ秩序ニ関セサル規定」（＝任意規定）と異なる意思表示を妥当せしめているところから、その反対解釈として、強行規定違反行為の無効を帰結するのが、ほぼ一致した見解である。ただし、ここでの強行規定には民法典におけるという限定が付けられるのであって、BGB一三四条の禁止法規とは異なる。それかあらぬか、前述（一）のごとく学説上いわゆる「取締規定」違反の法律行為の私法上の効力に関し、こもごも論議され、共通の認識として——最も新しい信頼すべき情報によれば——「明文の規定があればともかく、そうでない場合には、それぞれの規定について、立法趣旨、違反行為に対する社会的非難性の程度、相手方当事者の主観的事情、当事者間の信義・公平、第三者ないし一般社会への影響等を考慮して判断するほかはない。」が「一律の有効・無効を論ずることは問題であり、結局のところ、個々の行為について、有効・無効それぞれの場合における関係者の利害得失を比較考量しつつ、判断するしかない。」⁽⁷⁸⁾と、されているようである。そうだとすれば、法令（取締規定）違反の行為の私法上の

効力を論定する場合に、教義学上いかなる修辞法によるべきかが、問擬されるように思う。その行為自体の解釈（補充的ないし規範的？）が基本であるとしても、それで能事は畢るのか、それとも民法九一条を媒介して民法上ないし私法上の強行法概念を藉りるのか、思いきって民法九〇条に依拠するのかが、問われるわけである。法令違反行為に對し少なくとも否定的評価が下されるべき場合には、評価の基準となるべき法規範が必要というべく、そのさい強行法違反行為の無効のみを定めていると見られる民法九一条によるよりも、民法九〇条を以てするほうが、修辞法としては優れている、と評しなければなるまい。たしかに、ベアーターの云うように、ドイツでは歴史的に見ても体系的理解からしても、BGB一三四条がBGB一三八条一項よりも「より柔軟な規範」であることから、「凡てか無か」という硬直な判断を乗り越えるには前者に依るのが適切と見られるかもしれないが、彼地でもBGB一三八条一項を以てするむきもあることに徹するならば、「良俗」と「禁止法違反」の二元論的な立場を採っていないわが民法典のもとでは、民法九〇条に拠るのが、ほとんど唯一の手法といえるのではないであらうか——とりわけ、「公ノ秩序（公序）」を強行法秩序、「善良ノ風俗（良俗）」を維持すべき道徳ないし社会的妥当性と解したうえ、いずれに反しても当該法律行為を無効と宣言するのが、民法九〇条である、と観るときは、然りと云えよう⁽⁷⁹⁾。

ところで、ベアーターは、基本法に定める基本権侵害の法律行為は、基本法の規律が抽象的であることの故を以て、BGB一三八条に照し、有効か無効かの択一的判断に服するとしているが、この論理ないし修辞法は妥当であらうか。もつとも、かように問うのは無意義である——ドイツとわが国における相違を単純に無視する点において——との批判がなされようが、わが法制のもとでも「国家に存在意義を認めるのであれば、少なくとも個人の基本権を他人による侵害から保護することは、国家の最低限の任務に属するというべきだろう⁽⁸⁰⁾」との見地から、基本法一条一項（「人間の尊厳は不可侵（unanastbar）」というべく、これを尊重し保護すべきは凡ての国家権力の責務（Verpflichtung）

である。』)のような規定がわが憲法上存在しなくても、国家の基本権保護義務は当然認められるべきであるから、右の批判は中ならない。さて、Aの基本権を制限する内容の契約がBとの間で締結された場合に、契約そのものを無効とする規範が民法九〇条であるが、この「契約自由侵害型公序良俗」のさいには、Bの基本権に対し過剰介入に陥らないよう留意する必要がある、とされる⁽⁸¹⁾。そして過剰介入禁止については、①適合性の原則、②必要性の原則、③均衡性の原則から成る比例原則に照らして、具体的な判断がなされるべきであり、たとえば一部無効が問題とされる場合——たとえば、競業禁止特約における違約金・損害賠償額の予定を適正な賠償額の限度で容認するがごとき場合——には、「必要性の原則」に加えて「均衡性の原則」が働らくというのである。⁽⁸²⁾ここでは、くり返すまでもなく、公序良俗違反行為に対する法的処遇として、「凡てか無か」ではなく、柔軟な対応がなされて当然という帰結が、ほぼ論理必然的に導き出され得るであろう。公秩良俗違反行為の不法原因給付への紐結からの解放もまた、この見地からは当然といふべきである。

つぎに、公序と良俗との関係については、どうであろうか。有力な見解によれば、「公序良俗規範によって実定法に算入される規範としては、①憲法の理念、②法令の政策目的、③習俗上の価値原理の三つが考えられる。もともと、公序は統治機構(司法・行政警察など)を、良俗は性風俗と意味するものであったが、今日では、前者は①②を含むものとして、後者は③を含むものとして考えられるべきだろう。」⁽⁸³⁾とされる——ここでも、一部無効は、伝統的には不可分の統一体として考えられてきた契約が、最近では分解して把えうるものと解されていることから、これを帰結可能と観ていることに注意⁽⁸⁴⁾——。とするならば、公序と良俗を区分したうえで、いずれに反してもその法律行為は否定的評価——原則的には絶対的的全部無効とするのが、民法九〇条なのであって、法令違反行為は公序に反するものと把握するのが素直であろう。ただ、公序に反しても、良俗に反しても、当該法律行為の効力は、絶対的的全部無効そ

して不法原因給付を最右翼として、相対的一部無効・不法原因給付の全面的排除を最左翼とする範囲内において、さまざまであり得ることに徹して、「公序良俗」Ⅱ「行為の社会的妥当性」というシューマに、敢て異を唱えるべきでないかもしれない。

本稿の基盤となったベアターの論巧は、あまりにもドイツ的であるように思われるが、法規への拘束を強調し、裁判官の法創造（Ⅱ判例法）に対し警戒を示す姿勢には肯けるところがある。しかし、他方において、現実には適合しない嫌いがあつて、その硬い論理——業界の規制にかかわる論議には惹かれるものの——には、左袒し難い。ただ BGB 一三四条の禁止法規の具体相に即した論理展開は、わが国における取締規定をめぐる論議に資するところがある——とりわけ立法権限をめぐる問題について——ということができよう。また、基本法の抽象性を説くくだりは、「凡てか無か」の二者択一のみを定める BGB 一三八条一項との結びつきの点を除けば——この結合がベアターの主張の要素ではあるが——、わが国における前述の基本権保護型公序良俗という類型の定立と一脈あい通ずるところがあるように思われる。必要性の原則などの道具立てを以てする具体化手法において。

3 「むすび」に代えて 民法九〇条は、「公序」または「良俗」に反する行為を無効と定めているが、「公序」のもとに強行法秩序（取締法規をも含む）が、「良俗」のもとに習俗的規範が、それぞれ包摂される、と解するのが教義学的修辭としては穏当である。しかし、いずれにあつても、ことがらの解決手法を同じくするから、「公序良俗」に一括することを却けるほどのことはない。むしろ、類型化を呈示することこそ、今後の課題というべきであり、こうした作業が現に成果を挙げていることも、周知のところであろう。本稿は、いわば総論的抽象的論議に始終するのみで、各論へ歩みを進めるものではない点で、非生産的である、と批判されよう。この非難は甘受するが、それでもなお、総論もまたつねに重要なのである、と云いたい。このような思いから、最後に、いわば「憲法秩序」ないし

「基本権秩序」の類型につき、蛇足を加えたい。ことの序にということで、以下の論議につき江湖の了承をお願いする。たしかに、さきに、肯定的に引用した「基本権保護型公序良俗」と「憲法秩序」とは、公序の一環としても扱えられて然るべきように思われる。⁽⁸⁵⁾しかし、山本教授は、そのように秩序の問題と位置づけるときは、ここで基本権の保護が問題となっていることをあいまいにするおそれがあるため、私人間において個人の基本権が侵害される場合に、国家がこれを保護すべく民法九〇条に拠ることを明白に認識すべく、「基本権保護型公序良俗」の類型を樹てるのである、という。⁽⁸⁶⁾換言するならば、従来の判例の分類と整理⁽⁸⁷⁾の延長線上に、近時においてしばしば生じる新しい事例につき類型を構築しよう——それは、往々にしてどういう事例群が公序良俗違反とされてきたかを、後追的に整理するに尽きる——とする姿勢から、具体化したルールを類型——正確には事例群というべきか——ごとに確定することに努めねばならない、と説くわけである。もとより、このような事例群の形成とそこでのルールの定立には限界があり——いわゆる一般条項が一般条項たる所以なのであるが——、かつ、ひとつの事例がいくつかの事例群に属することも稀ではない点で、どのようなグルーピングを試みるかは、論定するに容易ではないが、わが民法学における喫緊の課題であること、いうまでもあるまい。すでに、少なくとも本稿で引用した論巧中に、注目すべき成果が示されているゆえ参照をお願いして稿を閉じたい。

註

(77) Beater (17) SS. 527-528

(78) 辻正美・民法総則「一九九九年 成文堂」二〇〇—二〇一頁、内田貴・民法I「第2版」(一九九九年 東京大学出版会)二五七頁も同旨を述べ、民法九〇条に擬律すべしという。なお、つとに、羽田(1)六二九頁以下は、より具体的に取締法違反行為の法的処理を論じていた。ついでながら、辻・右掲書には、民法九一条の「反対解釈として、『公の秩序に関する規定』と異なる意思表示は、その効力が認められない。」(一九九—二〇〇頁)、「法律があらゆる事態を想定して細大漏らさ

ずに規定することは事実上不可能である。したがって、その法律行為の内容が著しく社会的妥当性を欠くような場合には、それが明文の規定に違反しないからといって、有効な法律行為として取り扱うことは到底許されない。かような観点から、民法九〇条は……無効としている。『公ノ秩序』と『善良ノ風俗』とは本来別個の概念であるが、学説も判例も、両者を一括して『公序良俗』と呼ぶのが通例になっている。(二〇二―二〇三頁)、「沿革的にみても、いわゆる強行規定は、民法九〇条にいう『公ノ秩序』に含まれると解すべきであり、民法九一条は、民法九〇条の但書時性質の規定にすぎないものというべきである。……民法九〇条と民法七〇八条とは、常に表腹の関係にあるのではな(二〇四頁) い、との記述に、私は注目したい。

(79) たとえば、石田喜久夫・口述民法総則第二版(一九九八年 成文堂)一八三頁以下を参照。

(80) 山本敬三「基本権の保護と公序良俗」京都大学法学部創立百周年記念論文集第三卷(一九九九年 有斐閣)一七七頁。

(81) 山本・(80)一九九頁参照。

(82) 山本・(80)一九九頁。「バレット(Baretto) 最適」だけではなく、双方の基本権の重要性の度合いをはかることが、必須となるわけである。

(83) 大村敦志・消費者法(一九九八年 有斐閣)一一四頁。石田・(79)も、同旨。

(84) 大村・(83)一一七頁は、一部無効とされるべき例が今日その数を増し、この効果をも可能とする作業を「精密化(分節化・柔軟化)」と呼んでいる。

(85) 椿壽夫Ⅱ伊藤進編・公序良俗違反の研究(一九九五年 日本評論社)における林幸司(一二三四頁)・後藤卷則(一六〇頁)・中舎寛樹(二二六頁・二三三頁)・伊藤進(三八二頁)などの各論文は、「憲法秩序」をこのように把握している。

(86) 山本・(80)二二〇頁。

(87) 我妻栄・新訂民法総則(一九六五年 岩波書店)二七二頁以下に代表される。

一九九九・五・二七